

Mindreårige asylsøkeres rettigheter

og hensynet til barnets beste

Kandidatnummer: 644

Leveringsfrist: 25. november 2012

Antall ord: 13 116



Innholdsfortegnelse

1	TEMAET FOR AVHANDLINGEN	1
1.1	Introduksjon	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Begrepsavklaringer	2
1.3.1	Utlending	2
1.3.2	Flyktning	2
1.3.3	Asylsøker	3
1.3.4	Barn	3
1.3.5	Enslig mindreårig asylsøker	3
1.3.6	Innvandringspolitiske hensyn	3
1.4	Den videre fremstilling	4
2	RETTSKILDER.....	4
2.1	Internasjonale konvensjoner	4
2.2	Norsk lovgivning	4
2.2.1	Utlendingsloven	4
2.2.2	Barnevernloven	5
2.3	Forskrifter og forarbeider	5
2.4	Rettspraksis	5
2.5	Juridisk teori	5
3	BARNETS BESTE.....	6
3.1	Introduksjon	6
3.2	Prinsippet om barnets beste	6
3.2.1	Hvordan står barnets beste-prinsippet i norsk rett?	8
4	ASYLSAKEN.....	9

4.1	Introduksjon	9
4.3	Enslige mindreårige asylsøkere	9
4.4	Barn som kommer sammen med foreldrene	12
4.5	Utlendingssaken	12
5	UTLENDINGSLOVEN §28.....	13
5.1	Introduksjon	13
5.2	Velbegrunnet frykt for forfølgelse	14
5.3	Reell fare	16
5.4	Videre	18
6	UTLENDINGSLOVEN §38.....	18
6.1	Introduksjon	18
6.2	Sterke menneskelige hensyn	19
6.2.1	Enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur	19
6.2.2	Tvingende helsemessige forhold	20
6.2.3	Sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen	22
6.2.4	Offer for menneskehandel	23
6.3	Særlig tilknytning til riket	24
6.4	Familiegjenforening	26
6.4.1	Introduksjon	26
6.4.2	Særlig om samvær	27
6.4.3	Retur av forelder	28
6.4.4	Når retur er det beste for barnet	28
6.4.5	Når retur ikke er til barnets beste	29
7	INNVANDRINGSPOLITISKE OG SAMFUNNSMESSIGE HENSYN.....	31
7.1	Introduksjon	31
7.2	Innvandringsregulerende hensyn i praksis	32
7.3	Ankerbarn	34
7.4	Dublin-samarbeidet	36

7.5	Norsk asylpolitikk.....	38
8	KONKLUSJON OG OPPSUMMERING	40
9	LITTERATURLISTE	43

1 Temaet for avhandlingen

1.1 Introduksjon

Norge er ikke bare et av verdens rikeste land, og et land med mange sosiale og økonomiske goder, men ligger også i et svært fredelig hjørne av verden. Norge er derfor et land svært mange velger å søke lykken i. Dette medfører en betydelig mengde innvandrere hvert år, og for å håndtere dette er det svært viktig med et solid lovverk for myndighetene å forholde seg til. En stor gruppe av disse innvandrerne er asylsøkere, og disse er en spesielt sårbar gruppe, da de er på flukt og i mange tilfeller har mistet alt. Mindreårige asylsøkere står i en særstilling, da de ikke selv er i stand til å ivareta sine interesser. Utlendingslovgivningen har til formål å beskytte asylsøkernes rettigheter, samtidig som den skal regulere og kontrollere innvandringen. Den stiller et spesielt krav til saker som omhandler barn; at hensynet til barnets beste skal stå sentralt.

Området er interessant fra et barnerettslig synspunkt fordi innvandringspolitiske hensyn gjør seg sterkt gjeldende. Det medfører et ekstra behov for å påse at barns rettigheter ivaretas, herunder barnets beste. Mindreårige asylsøkeres rettigheter kan være et vanskelig område på mange måter, og ved behandlingen av asylsaker dukker det opp en del problemstillinger. Hensynet til barnets beste, og de ulike faktorene som spiller inn ved vurderingen av et barns asylsak kan være vanskelig å forene og ingen saker er like. Noen mindreårige asylsøkere kommer til Norge alene uten andre familiemedlemmer eller verger, og andre kommer hit sammen med familien sin. Her oppstår to vidt forskjellige situasjoner og faktorene man legger til grunn ved behandlingen av asylsøknadene er forskjellige. Skal man finne ut hvilke barn som har et reelt behov for beskyttelse og ta en avgjørelse som på best mulig måte ivaretar deres interesser, må hver enkelt sak vurderes individuelt på en grundig og langsiktig måte. I tillegg bør også resultatet gjenspeile en konsekvent linje i innvandringspolitikken. Lovgivningen legger opp til et skjønnsmessig spillerom når det gjelder hensynet til barnets beste i alle disse sakene, og dette er derfor et svært sentralt og viktig prinsipp i

asylsakene. Hva ligger egentlig i begrepet barnets beste, og hvordan tolkes begrepet av de som utøver lovgivningen og de som behandler sakene? Blir dette prinsippet ivaretatt når forvaltningen vurderer disse sakene, eller blir det glemt bak andre hensyn i asylpolitikken?

1.2 Avgrensning

Når det kommer til hvilke rettigheter mindreårige asylsøkere har, og hensynet til hva som er best for disse, er det tre problemstillinger som gjør seg gjeldende. Den første er selve asylsaken, og hvordan hensynet til barnets beste gjør seg gjeldende med hensyn til asylprosessen og behandling av søknadene. Den andre problemstillingen gjelder omsorgs- og livssituasjonen for barna mens de er i Norge og venter på at saken skal bli avgjort. Den tredje er hvilken situasjon de sendes tilbake til etter et eventuelt avslag på asylsøknaden. Til sammen utgjør disse tre et veldig vidt spekter av asylsøkende barns rettigheter, og blir for mye for en masteroppgave. Jeg har derfor valgt å legge fokuset på selve asylsaken og hensynet til barnets beste. Hvordan kommer dette hensynet frem og hvordan bruker myndighetene prinsippet om barnets beste når det gjelder behandlingen av asylsakene. Jeg vil så vidt komme inn på de to andre, men kun i relasjon til selve asylsaken og det som har med dette å gjøre.

1.3 Begrepsavklaringer

1.3.1 Utlending

En utlending er etter utlendingsloven enhver som ikke er norsk statsborger.¹

1.3.2 Flyktning

En flyktning er etter flyktningkonvensjonen enhver person som på grunn av at han med rette frykter for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, befinner seg utenfor det land han er

¹ Utlendingsloven § 5

borger av, og er ute av stand til, eller, på grunn av slik frykt, er uvillig til å påberope seg dette lands beskyttelse; eller som er statsløs og på grunn av slike begivenheter befinner seg utenfor det land hvor han har sin vanlige bopel, og som er ute av stand til eller, på grunn av slik frykt, er uvillig til, å vende tilbake dit.²

1.3.3 Asylsøker

Med asylsøker menes en flyktning som søker beskyttelse i Norge, og ved søknad ønsker lovlig opphold på grunnlag som er oppstilt i utlendingsloven § 28.

1.3.4 Barn

Etter barnekonvensjonens hovedregel i art 1 er barn et hvert menneske under 18 år.

1.3.5 Enslig mindreårig asylsøker

Enslige mindreårige asylsøkere er fellesbetegnelsen på alle barn og unge under 18 år som kommer til landet uten foreldre, eller som ikke har andre voksne med foreldreansvar i Norge. Dette inkluderer også de som kommer til landet i følge med andre voksne enn sine egne foreldre.³

1.3.6 Innvandringspolitiske hensyn

Med innvandringspolitiske hensyn menes de hensyn myndighetene må ta i forhold til det norske samfunnet ved behandling av asylsøknader og ved behandling av lover og forskrifter som omhandler innvandring. Det kan ikke gis oppholdstillatelse kun ved å vurdere de individuelle forholdene, men det må også gjøres en vurdering av hvordan en enkelt avgjørelse kan påvirke innvandring på et generelt plan, og hva som vil gagne det norske samfunnet som helhet.

² Flyktningkonvensjonen avsnitt A pkt. 2

³ Pettersen (2007) s. 3

1.4 Den videre fremstilling

Jeg vil starte med å legge frem barnets beste-prinsippet i barnekonvensjonen i kapittel 3, og deretter gå inn på norsk asylsak i kapittel 4. I kapittel 5 vil jeg gå inn i § 28 i utlendingsloven, som setter opp vilkårene for å kunne søke asyl og få opphold i Norge, gjennom vilkårene for ”velbegrunnet frykt for forfølgelse” og ”reell fare”. Etter dette følger vilkårene i utlendingsloven § 38 i kapittel 6, som setter opp vilkår for opphold på grunn av ”sterke menneskelige hensyn” eller ”særlig tilknytning til riket”, om vilkårene i § 28 ikke er oppfylt. Tilslutt følger innvandringspolitiske og samfunnsmessige hensyn i kapittel 7, med fokus på norsk innvandringspolitikk, før konklusjon og avslutning i kapittel 8.

2 Rettskilder

2.1 Internasjonale konvensjoner

FNs konvensjon om barns rettigheter ble ratifisert av Norge 8. januar 1991 og ble inkorporert i menneskerettsloven ved lov 1. august 2003 nr. 86 med virkning fra 1. oktober 2003. Konvensjonens bestemmelser ble gitt forrang foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3.

FNs konvensjon om flyktningers stilling ble vedtatt av FN 28. juli 1951, og er svært sentral i asylsaken. Den regulerer flyktningers rettigheter, så vel som flyktningers plikter overfor det landet de søker beskyttelse i.

2.2 Norsk lovgivning

2.2.1 Utlendingsloven

Utlendingsloven er den norske loven som regulerer innvandringen. Lovens formål er å ”gi grunnlag for regulering av og kontroll med inn- og utreise, og utlendingers opphold i riket, i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser. Loven skal legge til rette for lovlig bevegelse ved landegrensene, og ivareta rettssikkerheten til utlendinger som reiser inn eller ut av riket, som oppholder seg her, eller som søker en tillatelse etter

loven. Loven skal gi grunnlag for vern for utlendinger som har krav på beskyttelse etter alminnelig folkerett eller internasjonale avtaler som Norge er bundet av.”⁴

2.2.2 Barneloven

Barneloven er den loven som regulerer barns rettigheter i Norge. Den setter opp kravet om hensynet til barnets beste i § 48.

2.2.2 Barnevernloven

Barnevernloven setter også opp et krav om hensynet til barnets beste i § 4-1, og svært relevant for asylsakene, da det er barnevernet som overtar omsorgen for mindreårige asylsøkere under 15 år mens de venter på svar på asylsøknaden.

2.3 Forskrifter og forarbeider

En forskrift som er svært sentral under dette temaet er utlendingsforskriften. Forarbeidene til den nye utlendingsloven er også brukt, og det samme er forarbeidene til endring i barneloven. Barnekonvensjonens forarbeider er også en sentral kilde.

2.4 Rettspraksis

Rettspraksis på området for asylsak og barnets beste finnes det mye av. En svært sentral dom, som dekker mye av området rundt både barnets beste og asylsaken er den såkalte Ashok-saken.⁵ Det finnes en del andre sentrale Høyesterettsdommer, og en del lagmannsrettsdommer er også brukt.

2.5 Juridisk teori

Når det kommer til juridisk teori har jeg brukt mest teori fra barnerettens område, hvor man også finner en del teori om asylsaken inkorporert.

⁴ Utlendingsloven § 1

⁵ Rt 2009 1261

3 Barnets beste

3.1 Introduksjon

Prinsippet om barnets beste er barnekonvensjonens mest sentrale begrep. Artikkel 3 slår fast at hensynet til barnets beste skal komme i første rekke og være et grunnleggende hensyn i alle tiltak som gjelder barn.⁶ Ingen andre internasjonale dokumenter inneholder en artikkel med en slik bredde som uttrykkes her. Artikkel 3 angir ikke en konkret definert rettighet, man kan si at innholdet til en viss grad blir tatt for gitt. Barnekonvensjonen bygger på det grunnsyn at barn har samme ukrenkelige menneskeverd som voksne, og har de samme menneskerettighetene. Et grunnleggende element må være respekt for barnets fulle menneskeverd og integritet. I tillegg er barn i konvensjonen gitt særskilte menneskerettigheter som ikke gjør seg gjeldende på samme måte for voksne. Det kan være vanskelig å finne en god balanse mellom barns rettigheter og plikten for de voksne og samfunnet til å beskytte barna. Å ta barns rettigheter på alvor tilsier blant annet at behovet for beskyttelse må tas alvorlig, og det er grunnsteinen når det kommer til barnets beste i asylsaken. Barnets beste-prinsippet krever aktive tiltak fra så vel lovgiver som forvaltning og domstoler. Alle disse forventes å anvende prinsippet ved systematisk vurdering av hvordan barns rettigheter og interesser vil bli påvirket av deres lover, avgjørelser og andre handlinger. Det gjelder ikke bare det de gjør som direkte vedrører barn, men også det som indirekte påvirker barna.

3.2 Prinsippet om barnets beste

Prinsippet om barnets beste har verdi ved at det gjelder i alle tilfeller hvor barns interesser blir berørt. Prinsippet kan videre gi veiledning når ulike interesser må avveies mot hverandre, som er spesielt gjeldende i asylsaker, hvor barnets forhold til hjemlandet må vurderes opp mot situasjonen de vil få ved å få bli i Norge. Ved anvendelsen av prinsippet må man ta utgangspunkt i det enkelte barns behov og forutsetninger. Dette er avgjørende ved vurderingen av hva som er det beste for barnet, da et prinsipp som skal gjelde for alle barn i alle

⁶ Barnekonvensjonen art. 3

forhold i hele verden – spredt i alder og kultur, ikke kan ha noe entydig innhold. Innholdet vil variere avhengig av situasjonen og forholdene man befinner seg innenfor, det varierer over tid og fra kultur til kultur. Det er derfor umulig å sette opp et prinsipp av spesifikk natur. Det som er best for ett barn, er ikke nødvendigvis det beste for et annet barn i samme situasjon. Man kan derfor si at barnets beste er relativt. Formuleringen i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 ”alle handlinger som berører barn” vitner om at prinsippet skal ha et vidt anvendelsesområde. For eksempel vil lovgiver ved anvendelsen av barnets beste prinsippet ta hensyn til hva som er det beste for barn som gruppe på et generelt grunnlag, mens domstolene klart vil fokusere på det enkelte barnet. Artikkel 3 er ikke en bestemmelse som hjemler spesielle rettigheter og plikter, men det dreier seg her om et tolkningsprinsipp som får betydning for alle rettigheter og plikter som er hjemlet i loven.⁷

Under arbeidet med konvensjonsteksten vurderte man hvor sterkt barnets beste-prinsippet skulle stå. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, på engelsk ”a primary consideration”. Rent språklig innebærer uttrykket at hensynet til barnets beste ikke er det eneste, og ikke heller alltid det avgjørende hensynet i saker som berører barns interesser. Opprinnelig ble det satt frem et forslag om at barnets beste skulle være ”the paramount consideration”, altså det viktigste hensynet.⁸ Dette mente mange var for vidtrekkende og den endelige formuleringen ble noe modifisert, da det i diskusjonen ble fremhevet at hensynet burde være et hovedhensyn, men ikke nødvendigvis det overordnede hensynet i alle tilfeller. Man valgte derfor ”a primary consideration” i stedet. Hovedpoenget med denne formuleringen er at når man skal finne ut hva som er det beste for barnet, har man for det første en plikt til å avklare hva som er barnets interesser og hvordan disse best ivaretas. For det andre må man sørge for at resultatet bringes sentralt inn i selve beslutningsgrunnlaget. For det tredje skal hensynet til det som best tjener barnets interesser tillegges stor vekt ved en eventuell avveining mot andre interesser.⁹

⁷ Smith (2007) s. 33

⁸ Barnekonvensjonens forarbeider

⁹ Rt 2009 1261 avsnitt 85

3.2.1 Hvordan står barnets beste-prinsippet i norsk rett?

Barnets beste-prinsippet kan påberopes og anvendes i mange sammenhenger og på ulike måter. En nasjonal utfordring er derfor å få prinsippet gjennomført på alle områder. I denne sammenheng er det viktig å synliggjøre barnets beste-prinsippet. Dette bør fremgå av relevant lovgivning og reguleringer. Prinsippet skal overveies av domstolene, administrative myndigheter eller lovgivende organer, og av offentlige og private velferdsorganisasjoner som treffer beslutninger som gjelder barn.¹⁰ Man kan forvente at hensynet til barnets beste inngår som et hovedhensyn i alle beslutninger i samfunnet som angår barn, være seg alt fra i familieliv og skole til planlegging og utviklingspolitikk. Det foreligger også en forpliktelse til å sørge for at prinsippet om barnets beste blir gjort til en del av opplæringen for de profesjoner som arbeider med barns rettigheter.

I Norge har vi en rekke lover som tar sikte på å regulere den rettslige stillingen for barn spesielt; barneloven, barnevernloven, vergemålsloven og opplæringsloven for å nevne noen. I nasjonal lovgivning kommer barnets beste-prinsippet først og fremst til uttrykk i sammenhenger hvor forholdet mellom barn og foreldre skal reguleres på ulike måter. Når enkeltsaker skal vurderes er det et poeng at det skal skje en konkret og individuell vurdering av hva som er best for det barnet saken gjelder, innenfor de rammene lovgivningen setter opp. Det er et sentralt poeng at den som skal treffe en beslutning i en avgjørelse av barnets beste, har nødvendig kunnskap på det området det gjelder. Dette kan være gjennom samtaler med barnet, og samtaler med andre i barnets liv som kan hjelpe til å belyse hva som er det beste for det aktuelle barnet. På mange områder finnes det imidlertid ikke sikker kunnskap om hva som er best for barn, og dette kan skape problemer. Alle situasjoner er forskjellige og alle barn er ulike. Det er derfor ikke mulig å definere hva som faktisk er det beste for barn. Dette gjør at det stilles strenge krav til myndighetene som skal avgjøre saker vedrørende barns interesser, da hver enkelt sak må vurderes på individuelt grunnlag. Det

¹⁰ Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i Norge (2012) s. 59

må gjøres grundige undersøkelser i hver enkelt sak, som kan være en svært tidkrevende prosess. Vi er derfor avhengig av å ha et velfungerende system, som har kompetanse nok til å gå inn i hver sak på detaljnivå.

4 Asylsaken

4.1 Introduksjon

Norge er gjennom flyktningkonvensjonen forpliktet til å gi beskyttelse til personer som med rette frykter forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, politisk oppfatning eller medlemskap i en spesiell sosial gruppe.¹¹ Norge er også internasjonalt forpliktet til å gi beskyttelse på bakgrunn av bestemmelser i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Dette innebærer at Norge ikke kan returnere personer som risikerer forfølgelse, tortur eller umenneskelig og nedverdiggende behandling i hjemlandet.

Asylsøkere har ansvar for å gi en utfyllende forklaring om grunnene deres for å søke beskyttelse.¹² Utlendingsdirektoratet har samtidig en plikt til å sørge for at sakene er godt opplyste, da opplysninger om sikkerhetssituasjonen og andre forhold i hjemlandet også er sentrale deler av vurderingen.

4.3 Enslige mindreårige asylsøkere

Enslige mindreårige asylsøkere er barn og unge under 18 år som kommer til Norge for å søke asyl uten å ha følge av foreldre eller andre som utøver foreldreansvar for dem. De er en spesielt sårbar gruppe som har andre behov og andre rettigheter enn voksne asylsøkere. For

¹¹ Flyktningkonvensjonen avsnitt A pkt. 2

¹² Utlendingsdirektoratets nettsider (2012)

oversiktens del kan det nevnes at det er Utlendingsdirektoratet som har ansvaret for de som er mellom 15 og 18 år, mens barnevernet har ansvaret for de som er under 15 år.

I 2009 var det 9053 personer som søkte asyl i Norge. 2359 av disse var mindreårige under 18 år. Av disse igjen var 858 enslige mindreårige. Hittil i 2012 (tom august) har 6092 personer søkt asyl, 618 av disse var enslige mindreårige.¹³ Vi kan se tydelig av disse tallene at enslige mindreårige er en forholdsvis liten del av asylsøkerne i Norge. Likevel er dette en viktig gruppe når det kommer til hensynet til barnets beste. Dette hensynet er viktig i alle saker som berører barn, ikke bare de enslige, men de enslige mindreårige asylsøkerne står i en særstilling, da de ofte ikke er i stand til å ivareta sine egne interesser. De er svært sårbare og har ofte ingen støttespillere i landet som kan se til at deres beste blir ivaretatt. Derfor er det viktig at Norge har en politikk og et system som ivaretar deres interesser på en langsiktig og ordentlig måte. Det følger av en tolkningsuttalelse fra FNs barnekomité¹⁴ at hensynet til barnets beste skal ha avgjørende vekt ved spørsmål om retur av enslige mindreårige asylsøkere. Den sier at det ikke er anledning til å returnere barn under henvisning til innvandringspolitiske hensyn, – barnets beste skal være det eneste kriteriet.¹⁵

Det er i hovedsak to juridiske statuser for enslige mindreårige asylsøkere i Norge: Asyl eller opphold på humanitært grunnlag. Det er relativt få enslige mindreårige asylsøkere som får innvilget asyl i Norge, kanskje fordi det kan være vanskelig å verifisere at barn og unge er personlig forfulgt av hjemlandets myndigheter. De fleste enslige mindreårige som får asyl i Norge får det fordi de tilhører en kategori som har kollektiv flyktningstatus eller er blant FNs overføringsflyktninger.¹⁶ Enslige mindreårige asylsøkere som ikke får asyl, får som hovedregel opphold på humanitært grunnlag. Oppholdstillatelsen er i hovedsak basert på at de er skilt fra foreldrene og disse ikke kan oppspores. De er alene og kan, av sterke

¹³ Sandal (2012)

¹⁴ GC-2005-6-CRC pkt. 86

¹⁵ GC-2005-6-CRC

¹⁶ Pettersen (2007) s. 3

menneskelige hensyn, ikke returneres til hjemlandet. Det er dermed praksis i Norge at enslige mindreårige asylsøkere får bli, når retur ikke er til deres eget beste.¹⁷

En nødvendig følge av barnekonvensjonen er at barnet må ses som en person med egne rettigheter, og dette skal også ha betydning for hvilket oppholdsgrunnlag som velges. Asylsøknader fra enslige mindreårige skal vurderes ut fra et barneperspektiv. Det innebærer blant annet at terskelen for hva som regnes som forfølgelse er lavere for barn enn for voksne, rett og slett fordi barn tåler mindre. Dette vil jeg gå nærmere inn på lenger ut i oppgaven. Utlendingsdirektoratet prioriterer søknadene fra enslige mindreårige asylsøkere fordi det er til barnets beste at saken avklares så raskt som mulig.¹⁸ Enslige mindreårige asylsøkere bor i egne mottak mens de venter på svar på søknaden, og selv om det stilles strenge krav til mottakenes arbeid med disse barna og de skal få god omsorg og ha en trygg hverdag, er det langt fra ideelt for et barn å bo under slike forhold over lengre tid.

Alle enslige mindreårige asylsøkere skal få oppnevnt en verge hvis foreldrene er døde, eller en hjelpeverge om foreldrene er i live. En slik verge skal hjelpe til med å ivareta barnas rettssikkerhet, og være en støtteperson mens asylprosessen foregår. Vergen skal ha kontakt med barnets advokat og holde seg orientert om asylsaken. Alle enslige mindreårige asylsøkere får tildelt en advokat av Utlendingsdirektoratet, og denne har de krav på under hele asylprosessen.¹⁹

Et problem som ofte oppstår i saker med mindreårige asylsøkere er hvorvidt alderen de oppgir er korrekt. Nettopp fordi mindreåriges søknader blir vurdert fra et annet perspektiv enn voksne, kan det være fristende for en søker over 18 år å oppgi at man er mindreårig, i den tro at man da lettere vil få søknaden godkjent. Om UDI er usikre på hvor gammel en søker er, kan de anmode om at søkeren samtykker til en aldersundersøkelse for å sannsyn-

¹⁷ Rt. 2009 1261 avsnitt 14

¹⁸ Utlendingsdirektoratets nettsider (2009)

¹⁹ Utlendingsdirektoratets nettsider (2009)

liggjøre alderen. Om UDI kommer frem til at søkeren må være eldre enn 18 år kan det få følger for både vurderingen av asylsøknaden og det mottakstilbudet søkeren får.²⁰

Barn og ungdom som forventes å bli i Norge i mer enn tre måneder, har rett og plikt til grunnskoleopplæring, og her samarbeider mottakene med skolene og legger til rette for leksehjelp.²¹

Om enslige mindreårige får godkjent søknaden om opphold i Norge, skal de bosettes i en kommune. Målet er at denne bosettingen skal skje innen tre måneder etter at søknaden ble godkjent. Dette for å gjøre oppholdet i mottak så kort som mulig.

4.4 Barn som kommer sammen med foreldrene

Barnekonvensjonen inneholder flere artikler hvor hensynet til barnets beste skal stå i fokus. Dette gjelder i hovedsak bestemmelser om forholdet mellom barn og foreldre. I art. 9 nr. 1 har et barn rett til ikke å bli skilt fra sine foreldre, og i nr. 3 har barnet rett til kontakt med foreldrene og barnets rett til samvær med foreldrene skal respekteres.²² Dette gjelder selv-sagt ikke om dette er i strid med det som er det beste for barnet.

4.5 Utlendingssaken

Barnekonvensjonens art. 22 nr. 1 krever at statene treffer alle egnede tiltak for at barn som søker flyktningstatus, enten de kommer alene eller sammen med familien, skal få behørig beskyttelse og humanitær hjelp i utøvelsen av sine rettigheter etter konvensjonen. Det innebærer blant annet at statene må ha et velfungerende asylsystem med tilstrekkelig kapasitet.²³

²⁰ Utlendingsdirektoratets nettsider (2009)

²¹ Utlendingsdirektoratets nettsider (2009)

²² Barnekonvensjonen art 9 nr. 1 og nr. 3

²³ GC-2005-6-CRC avsnitt 64-65

FNs barnekomité har avgitt generell kommentar nr. 6 (2005) Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin. FN sier i denne at avgjørelsen av hva som er til barnets beste i asylsaken, krever en klar og omfattende vurdering av barnets identitet, herunder nasjonalitet, oppdragelse, etnisk, kulturell og språklig bakgrunn, særlig sårbarhet og beskyttelsesbehov.²⁴ Betydningen av denne uttalelsen for utlendingssaken er nærmere drøftet av Høyesterett i Ashok-saken, Rt. 2009 1261. Her gis departementets uttalelse om betydningen av barnekomitéens generelle merknader avgjørende vekt.

”De generelle kommentarene som FNs barnekomité utgir er verdifulle retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av konvensjonen. FNs barnekomité er det ekspertorgan som tolker barnekonvensjonen. Det bør derfor legges relativt stor vekt på disse uttalelsene ved tolkning og anvendelse av konvensjonens bestemmelser i praksis.”²⁵

Slike uttalelser er altså ikke folkerettslig bindende, men er ment å være veiledende for statene. I denne dommen fant Høyesterett at generelle uttalelser fra FNs barnekomité om vektleggingen av barnets beste i slike saker ikke kunne forstås slik at barnets beste skal vurderes uavhengig av familietilknytning i hjemlandet.

5 Utlendingsloven §28

5.1 Introduksjon

Hvem kan få beskyttelse i Norge? Hovedregelen finner vi i utlendingsloven §28, og her finner vi også grunnlaget for å kunne søke asyl. Vilåret loven setter opp er at søkeren må befinne seg i riket eller på norsk grense. Søkeren må også oppfylle vilkårene i bokstav a eller b. § 28 gir søkeren rettskrav på beskyttelse dersom vilkårene i første ledd er oppfylt, og alle som anerkjennes som flyktninger etter første ledd skal derfor få oppholdstillatelse etter andre ledd. Merk at loven sier ”skal få oppholdstillatelse” og ikke ”kan få oppholdstil-

²⁴ GC-2005-6-CRC

²⁵ Ot.prp.nr.104 (2008-2009)

latelse”. Oppfyller søkeren vilkårene, har ikke myndighetene anledning til å utøve skjønn ved behandlingen av søknaden, men oppholdstillatelse skal gis ved søknad.

5.2 Velbegrunnet frykt for forfølgelse

Bokstav a sier at en utlending skal anerkjennes som flyktning dersom utlendingen

”har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse...”

Utlendingsloven setter opp noen vilkår for hva som anses som forfølgelse i § 29, og hva som må legges til grunn ved vurderingen av grunnlaget for forfølgelsen i § 30. Forfølgelse kan etter dette blant annet ta form av fysisk eller psykisk vold, herunder seksualisert vold, lovgivning og administrative, politimessige og judisielle tiltak, enten de er diskriminerende i seg selv eller praktiseres på en diskriminerende måte, strafforfølgelse og straffullbyrdelse som er uforholdsmessig eller diskriminerende, fravær av muligheten for rettslig overprøving når dette fører til straffer som er uforholdsmessige eller diskriminerende, straffeforfølgelse for å nekte militærtjeneste i en konflikt der slik tjeneste vil inkludere forbrytelser (...), eller handlinger som er rettet særskilt mot kjønn eller mot barn. Det heter videre at forfølger kan være staten, organisasjoner eller grupperinger som kontrollerer statsapparatet, eller ikke-statlige aktører.

Dersom frykten for forfølgelse skal anses som velbegrunnet må det foreligge en objektiv og fremtidig risiko på vedtakstidspunktet. Dersom søkeren har blitt utsatt for forfølgelse kan det i utgangspunktet gi grunnlag for å få status som flyktning, men praksis på dette området ser ikke ut til å helle denne veien. Dette kan ha sammenheng med tilstanden i hjemlandet og endringer her, da norske myndigheter gjør grundige undersøkelser på dette området ved søknader om oppholdstillatelse på dette grunnlaget.

En irakisk statsborger søkte asyl i Norge i 2002 og oppga at han fryktet irakiske myndigheter fordi han var homofil.²⁶ Høyesterett drøftet hvorvidt han hadde en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av homofili. Homofile som søker beskyttelse som flyktninger anses å tilhøre en spesiell sosial gruppe. FNs høykommissær for flyktninger begrunner det med at seksuell orientering er en grunnleggende del av menneskers identitet, på samme måte som rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i spesiell sosial gruppe og politisk oppfatning.²⁷ I følge utlendingsloven § 30 første ledd bokstav d, om hvem som kvalifiserer for flyktningstatus eller subsidiær beskyttelse, har slike grupper følgende kjennetegn:

”En spesiell sosial gruppe skal særlig anses å omfatte en gruppe mennesker som har et felles kjennetegn ut over faren for å bli forfulgt, og som oppfattes som en gruppe av samfunnet. Det felles kjennetegnet kan være iboende eller av andre grunner uforklanderlig, eller for øvrig utgjøres av en væremåte eller en overbevisning som er så grunnleggende for identitet, samvittighet eller utøvelse av menneskerettigheter at et menneske ikke kan forventes å oppgi den.”²⁸

Homofile i Irak er utsatt for forfølgelse, da de blant annet risikerer drap fra ekstreme væpnede grupper og æresdrap fra egen familie, uten at de kan regne med beskyttelse fra irakiske myndigheter.²⁹ Høyesterett uttalte her at termen ”forfølgelse” innebærer at frykten må referere seg til alvorlige overgrep. Man blir ikke forfulgt selv om man som åpen homofil vil oppleve sosiale sanksjoner i form av misbilligelse, diskriminering og lignende. Dette er også norske myndigheters forståelse. Overgrep som anses som forfølgelse omfatter blant annet drap eller dødsstraff, alvorlig fysisk eller seksuell vold, frihetsberøvelse av en viss varighet og tvangsmessig medisinsk behandling.³⁰

Høyesterett uttaler videre i dommen

²⁶ Rt 2012 494

²⁷ UNHCRs retningslinjer 21. november 2008 pkt. II A

²⁸ Utlendingsloven § 30 bokstav d

²⁹ Rt 2012 494 avsnitt 31

³⁰ Rt 2012 494 avsnitt 35

”Det skal altså ikke legges til grunn at asylsøkeren vil tilpasse seg hjemlandets siokulturelle normer når det gjelder seksuell orientering. Det må i stedet spørres om søkeren virkelig er homofil eller vil bli oppfattet som homofil av potensielle forfølgere i hjemlandet. Videre må det undersøkes om homofile som er åpne om sin seksuelle orientering i hjemlandet, er utsatt for forfølgelse i konvensjonens forstand. Dersom det er tilfellet, må det vurderes hva den enkelte søker ville gjøre hvis han eller hun ble returnert til hjemlandet. Hvis søkeren ville være åpen om sin seksuelle orientering, har han eller hun en velbegrunnet frykt for forfølgelse, selv om forfølgelse kunne vært unngått ved å holde den seksuelle orienteringen skjult. Dersom søkeren derimot ville skjult sin seksuelle orientering og på den måten unngå forfølgelse, må det undersøkes hva som er årsaken til dette. Hvis årsaken er at han eller hun selv mener det er riktig å holde den seksuelle legningen skjult, skal søknaden avslås. Det samme gjelder dersom årsaken er sosialt press - såfremt sanksjonene ikke er av en slik karakter eller omfang at de i seg selv utgjør forfølgelse. Er det derimot frykten for forfølgelse som er årsaken til at søkeren velger å skjule sin seksuelle identitet, må kravet om “velbegrunnet frykt for forfølgelse” anses oppfylt.”³¹

Hvis en homofil må skjule sin legning ved retur til hjemlandet på grunn av frykt for forfølgelse, anses altså kravet om “velbegrunnet frykt for forfølgelse” som oppfylt. Høyesterett kom etter dette enstemmig frem til at lagmannsrettens dom måtte oppheves, på grunnlag av at lagmannsretten hadde ansett årsaken til at mannen ville holde sin seksuelle legning skjult i hjemlandet som irrelevant. Lagmannsrettens rettsanvendelse var derfor uriktig, og Høyesterett opphevet dommen.

5.3 Reell fare

Bokstav b i sier at en utlending skal anerkjennes som flyktning dersom utlendingen

³¹ Rt 2012 494 avsnitt 57

”uten å falle inn under bokstav a likevel står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet.”

Dette punktet er spesielt aktuelt for de som flykter fra krigshandlinger. Deres flukt oppfyller ikke alltid vilkårene i bokstav a, men de kan stå i fare for å bli mer eller mindre tilfeldige ofre for krigshandlinger eller krigsforbrytelser. FNs barnekomité fremhever at statene skal avstå fra å sende et barn tilbake til en stat hvor det er reell risiko for rekruttering av mindreårige, ikke bare til direkte deltagelse i krigshandlinger, men også til å utføre andre militære oppgaver eller seksuelle tjenester for militært personell. Barn skal heller ikke sendes tilbake til land hvor det er en reell risiko for at barnet vil bli utsatt for uopprettelig skade, for eksempel handlinger som truer barnets liv.³² Dette prinsippet, non refoulement prinsippet, innebærer at ingen skal bli sendt tilbake til et land hvor de kan bli utsatt for slike handlinger som listet opp. Ordlyden ”reell fare” legger opp til en høyere terskel enn ”velbegrunnet frykt” som er vilkåret i bokstav a.³³ Dette ble drøftet i LB 2011 68731, som gjaldt omgjøring av en utvisningsdom. En etiopisk mann krevde opphold etter utlendingsloven § 28 bokstav b, da han tidligere hadde vært fengslet og torturert i sitt hjemland på grunnlag av at hans far var aktiv i Oromo Liberation Front. Lagmannsretten kom imidlertid frem til at

”Det som foreligger av generell informasjon om oromene som folkegruppe, OLF som organisasjon og forholdene i Etiopia for disse, underbygger heller ikke at kravene til asyl er oppfylt for As del.”

” Verken forhold knyttet til A som person eller til den generelle menneskerettighetssituasjonen i Etiopia gjør at det her foreligger en reell fare av slik alvorlighetsgrad som bestemmelsen krever.”

Det ble altså foretatt en objektiv vurdering av begrepet ”reell fare”, og man kom her frem til at noen slik fare ikke forelå.

³² GC-2005-6-CRC avsnitt 28 og 58

³³ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007)

5.4 Videre

Som nevnt over – andre ledd i § 28 gir oppholdstillatelse ved anerkjennelse som flyktning. Denne er kun midlertidig og varer i tre år, men kan danne grunnlag for permanent opphold. Ektefeller og barn av en flyktning som får oppholdstillatelse har rett til det samme etter sjette ledd, imidlertid med noen unntak fastsatt i utlendingsforskriften § 7-2, som jeg ikke går nærmere inn på her.

I tredje ledd heter det at det skal tas hensyn til om søkeren er barn ved vurderingen etter første ledd. Barn blir ansett som vesentlig mer sårbare enn voksne, og terskelen for å innvilge oppholdstillatelse til barn er vesentlig lavere. Hva som anses som forfølgelse etter første ledd og umenneskelig eller nedverdiggende behandling etter andre ledd er lavere for barn enn for voksne.³⁴

Femte ledd oppstiller en mulighet for å henvise søkeren til å få effektiv beskyttelse i en annen del av hjemlandet, om det finnes deler av hjemlandet hvor situasjonen vil være annerledes enn det området søkeren har flyktet fra.

6 Utlendingsloven §38

6.1 Introduksjon

Om en asylsøker ikke oppfyller vilkårene for oppholdstillatelse i utlendingsloven § 28, kan det likevel innvilges oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn, eller særlig tilknytning til riket etter utlendingslovens § 38.³⁵

³⁴ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007)

³⁵ Utlendingsloven §38 første ledd

6.2 Sterke menneskelige hensyn

I lovens § 38 andre ledd listes det opp hva som regnes som sterke menneskelige hensyn, og det skal foretas en totalvurdering av saken for å avgjøre hvorvidt slike hensyn foreligger. Dette betyr at det ikke nødvendigvis kreves at ett av vilkårene er sterkt tilstede, men også at tilstedeværelsen av flere momenter kan tilsi at det foreligger sterke menneskelige hensyn. Dette er ikke en uttømmende liste, men heller en vektlegging av særlig aktuelle momenter.

6.2.1 Enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur.

Den første vurderingsfaktoren loven stiller opp er at søkeren er mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur. Her kommer igjen hensynet til barnets beste til syne. Utlendingsnemnda legger vekt på foreldrenes evne til å ta seg av barnet i hjemlandet. Her er det ikke nødvendigvis kun foreldrene som kan regnes som omsorgspersoner, også andre familiemedlemmer, som besteforeldre, kan ta på seg denne oppgaven, om foreldrene selv ikke er til stede eller ikke er i stand til å ta seg av barnet. Statens primære forpliktelse i slike saker er å oppspore foreldre eller annen familie i hjemlandet.³⁶ Norske utlendingsmyndigheter har som fast praksis å ikke returnere barn til hjemlandet med mindre det skjer som ledd i familiegjenforening eller hvor det ellers vurderes å være til barnets beste.³⁷

I Rt 2009 1261 hadde en gutt fra Sri Lanka kommet til Norge alene. Han hadde familie på Sri Lanka, blant annet sin mor og flere søsken. Et av spørsmålene i saken var hvorvidt sterke menneskelige hensyn forelå, og om han på grunnlag av dette kunne få bli i Norge. Retten fant at slike hensyn ikke forelå da gutten ved retur til Sri Lanka ville kunne få forsvarlig omsorg av sin familie. Det er flere steder i dommen nevnt at det beste for barnet er familiegjenforening, så lenge ikke bevis for det motsatte foreligger. I den aktuelle saken var gutten sendt til Norge primært for å gå på skole, og han hadde familie som kunne ta seg av han i hjemlandet.

³⁶ Rt 2009 1261 avsnitt 21

³⁷ Rt 2009 1261 avsnitt 64

”Utgangspunktet er at det er til barnets beste å leve sammen med sine foreldre og nære familie, såfremt det ikke foreligger konkrete opplysninger om at foreldrene ikke er egnede omsorgspersoner.”³⁸

”Det var til As beste å gjenforenes med sin mor og søsken i hjemlandet til tross for tre års oppholdstid i Norge. (...) moren var en egnet omsorgsperson, og mormoren i hennes fravær også kunne være det.”³⁹

6.2.2 Tvingende helsemessige forhold

Den andre vurderingsfaktoren loven stiller opp er hvorvidt det foreligger tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket. Det skal forholdsvis mye til for at dette skal regnes som et sterkt menneskelig hensyn. Det skal her være snakk om akutt livstruende sykdom hvor søkeren kan få behandling i Norge, og det i hjemlandet ikke finnes adekvat og tilgjengelig behandling. Utlendingsnemndas praksis viser at man stiller lavere krav til sykdom hos barn, og det legges blant annet vekt på at barns utvikling kan være av betydning for behandlingsopplegget. Mange funksjonshemmede og kronisk syke asylsøkere vil få et bedre liv i Norge enn i hjemlandet, men dette tillegges liten vekt når det kommer til voksne. Når det gjelder barn kan hensynet til barnets beste vektlegges så høyt at et barn kan få oppholdstillatelse på grunn av en kronisk sykdom. Slike sykdommer må imidlertid dokumenteres.⁴⁰

Når det gjelder psykiske helseforhold er prinsippet det samme. Traumatiske opplevelser kan for eksempel ha sterkere innvirkning på barn enn på voksne og det er ofte også vanskeligere for barn å bearbeide slike opplevelser. Igjen er terskelen for å gi barn oppholdstillatelse på slikt grunnlag lavere enn for voksne.

³⁸ Rt 2009 1261 avsnitt 79

³⁹ Rt 2009 1261 avsnitt 71

⁴⁰ Skjeggstad, UNE (2008)

En etiopisk statsborger kom til Norge for å søke asyl i 2002 på grunnlag av at han risikerte politisk forfølgelse i hjemlandet.⁴¹ Under oppholdet i asylmottaket ble mannen utsatt for en alvorlig snøscooterulykke i april 2003. Han pådro seg livstruende skader og ble operert flere ganger. Ulykken medførte at han pådro seg epilepsi og den skadebetingede medisinske invaliditeten ble vurdert å være 40 prosent. I juli 2003 avsto UDI likevel asylsøknaden. Mannen tok saken til Tingretten, som fant det tvilsomt om mannens helsetilstand var tilstrekkelig til å gi opphold i seg selv, men kom etter en konkret helhetsvurdering til at Utlendingsnemnda feilaktig hadde lagt til grunn at han ville få medisinsk behandling for sin epilepsi i Etiopia. Staten anket dommen til lagmannsretten som kom til et annet resultat, og mannen anket til Høyesterett. Høyesterett kom til samme resultat som lagmannsretten på tross av mannens helsetilstand. Dette viser at terskelen for å gi asylsøkere opphold på grunnlag av tvingende helsemessige forhold er svært høy, og at det skal mye til at dette taler som sterke menneskelige hensyn.

Høyesterett kom også frem til at utvisning ikke var uforholdsmessig i en annen dom, der en fars asylsøknad ble avvist på grunnlag av kriminalitet, selv om sønnen var psykisk syk med schizofreni.⁴²

”Ved denne vurderingen er jeg kommet til samme resultat som lagmannsretten. Selv om B har en alvorlig psykisk lidelse, og selv om sykdomsforløpet antakelig ikke vil være upåvirket av en utvisning, har jeg vanskelig for å se at Bs helsetilstand sett over et lengre tidsrom i vesentlig grad vil kunne bli forverret som følge av en utvisning. Det er gått atskillige år siden sykdomsgjennombruddet i 2002, hvor A, som nevnt, i ettertid bidro på en meget positiv måte. De helseopplysninger som er fremlagt gjennom journalene, viser at det, vurdert over lengre tid, har gått fremover med B, men at det har vært svingninger og noen tilbakeslag underveis. Som jeg kommer tilbake til, er det lite som tyder på at endringer i farens situasjon på avgjørende måte har bidratt til forverring av noen lengre varighet. Jeg tilføyer at selv om B har vært langt mer avhengig av sin far enn det som er vanlig for en

⁴¹ Rt 2008 681

⁴² Rt 2007 667

sønn i hans alder, står han ikke ribbet tilbake når faren - og eventuelt også moren - forlater landet. Han får fortsatt nødvendig medisinsk oppfølging og har fortsatt voksne personer rundt seg, både ektefellen og andre nære familiemedlemmer.”⁴³

Dette er en helt annen situasjon enn saken over, her er det ikke søkeren selv som er syk, men hans sønn, som er svært avhengig av hjelp og støtte. Likevel viser rettspraksis at også i en slik situasjon skal det mye til for å få opphold på grunnlag av tvingende helsemessige årsaker som sterkt menneskelig hensyn.

6.2.3 Sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen

Neste vurderingsfaktor er om det foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse. Her legges det opp til en vurdering av situasjonen i hjemlandet til søkeren. Dette omfatter boforhold, mulighet for livsopphold, skolegang, kontakt med slekt mv. Foreldrenes helse ved hjemkomst er også et sentralt moment, da det vil ha stor innvirkning på omsorgssituasjonen. Det er imidlertid uten betydning hvorvidt søkeren vil få en bedre levestandard i Norge, da det vil gjelde en svært stor del av alle som søker om oppholdstillatelse. Her gjør altså innvandringspolitiske hensyn seg gjeldende. Vi kan jo bare forestille oss hva som ville skjedd dersom myndighetene ga oppholdstillatelse til alle som ville få det bedre i Norge. Forhold som kan gjøre seg gjeldende i forhold til denne vurderingsfaktoren er religionsutøvelse eller medlemskap i sosiale grupper som ikke er anerkjent i det aktuelle landet. Flere steder i verden kan man bli fengslet, torturert eller drept på slikt grunnlag, og familier kan miste eller har allerede mistet sin omsorgsperson og forsørger. Retur til en slik situasjon vil ikke være gunstig for noen, og dette er slikt som myndighetene tar hensyn til ved vurderingen av en slik sak.

⁴³ Rt 2007 667 avsnitt 46

6.2.4 Offer for menneskehandel

Den siste vurderingsfaktoren i utlendingsloven § 38 andre ledd er hvorvidt søkeren har vært offer for menneskehandel. Definisjonen på menneskehandel finner vi i straffeloven, og er bruk av vold, trusler, misbruk av sårbar situasjon eller annen utilbørlig atferd for å utnytte noen til prostitusjon eller andre seksuelle formål, tvangsarbeid, krigstjeneste i fremmed land eller fjerning av organer.⁴⁴

I utlendingsforskriften finnes det en egen bestemmelse for ofre for menneskehandel, som kan gi en midlertidig oppholdstillatelse for en såkalt refleksjonsperiode. Formålet med en slik periode er at utlendingen skal få informasjon, oppfølging og hjelp, samt anledning til å anmelde bakmenn. Dette gir ofre for menneskehandel beskyttelse mens de trenger det mest, men det gir ikke grunnlag for permanent oppholdstillatelse. Dette er en god måte for norsk forvaltning å hjelpe ofre for menneskehandel, uten å gi automatisk oppholdstillatelse.⁴⁵ Barn av ofre for menneskehandel gis oppholdstillatelse med de samme begrensinger som foreldrene. Her ser vi nok et eksempel på at det beste for barnet som oftest er å være sammen med foreldrene, og det gis derfor ikke oppholdstillatelse til barn av ofre for menneskehandel, med mindre foreldrene får det.

En sak om menneskehandel som har fått mye oppmerksomhet den siste tiden er den såkalte Sofia-saken fra april 2011. Fem år gamle Sofia og hennes mor kom til Norge fra Italia i 2009, der moren hadde blitt tvunget til prostitusjon for å betale tilbake pengene for reisen fra hjemlandet Nigeria. Fordi hun ikke klarte å betale tilbake pengene fort nok, ble hun truet med at datteren skulle selges til barnløse foreldre. Saken ble anmeldt i Norge, men norsk politi henla saken, og politiet i Italia har heller ikke gjort noe for å løse saken. Det hevdes at Sofia har blitt traumatisert etter oppholdet i Italia, og en retur kan forverre og forlenge traumene hennes, selv om de klarer å holde seg unna pengeinnkreverne. Det kan sies at det heller ikke er forsvarlig å henvise en femåring til å bo på gaten. Selv om Sofias

⁴⁴ Straffeloven § 257

⁴⁵ Utlendingsforskriften § 8-3

mor kan defineres som et offer for menneskehandel, returforholdene i Italia er dårlige og selv om Sofia er traumatisert etter oppholdet der, er dette forhold som Italia etter Dublin-samarbeidet skal vurdere selv. Mer om Dublin-samarbeidet kommer lenger ned i oppgaven. Norge kan velge å overta ansvaret for Sofia og moren, men da vil søknaden vurderes ut fra det forhold å eventuelt sende dem tilbake til Nigeria, og hvorvidt det er forsvarlig å sende et barn tilbake dit. Generalsekretær i Amnesty Norge, Jon Peder Egenæs har uttalt at

”Saken er helt unik, jeg har aldri vært borti en lignende sak før, slik at når vi både ser på barnets beste i henhold til barnekonvensjonen, beskyttelsen av kvinnen som åpenbart er vanskeligere i Italia og det faktum at Italias asylsystem kan se ut som det bryter sammen, så er menneskerettighetene best ivarettatt her ved at Norge behandler asylsaken og vurderer om kvinnen og barnet skal få bli i Norge.”⁴⁶

Saken er nå til ankebehandling i UNE etter at UDI avsto søknaden, og Sofia og moren oppholder seg i Norge mens de venter på svar.⁴⁷

6.3 Særlig tilknytning til riket

Det andre hovedvilkåret for opphold etter utlendingsloven § 38 første ledd er særlig tilknytning til riket. Utlendingsforskriften sier at ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn, skal barns tilknytning til riket tillegges særlig vekt.⁴⁸ Imidlertid er tilknytning til riket også et selvstendig vurderingsgrunnlag, så det at det foreligger sterke menneskelige hensyn i tillegg er ikke nødvendig. Dette understrekes av utlendingsloven, hvor det heter at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn, samt at barn kan gis oppholdstillatelse selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget opphold til en voksen.⁴⁹ Ved en vurdering av barnets beste er det flere faktorer som spiller

⁴⁶ Haakon Eliassen, TV2 (2011)

⁴⁷ Når denne oppgaven leveres inn venter jeg fremdeles på svar fra UNE ang. resultatet i Sofia-saken. Det er mer enn et år siden saken kom til behandling i UNE, men jeg kan dessverre ikke si noe mer om det er fattet en avgjørelse, eller om saken ikke er ferdigbehandlet enda.

⁴⁸ Utlendingsforskriften § 8-5

⁴⁹ Utlendingsloven § 38 tredje ledd

inn. Det må blant annet legges vekt på alder, grad av integrering, modenhet, oppvekst, familie og omsorgssituasjon. For barn som har vært i Norge over lengre tid, går på norsk skole og snakker norsk bedre enn sitt eget morsmål, vil en retur til hjemlandet kunne virke opprivende og forvirrende. Dette kan ikke anses å være det beste for barnet. Barnets alder vil kunne spille en stor rolle ved vurderingen. Om barnet kom til Norge i svært ung alder vil det med stor sannsynlighet huske mer av sin oppvekst i Norge enn den tiden det tilbrakte i sitt hjemland. Jo lengre barnet er i Norge, desto større tilknytning vil det få til riket. Språk har en sammenheng med integrering, og sammenlignet med voksne, vil barn ofte bli integrert i større grad gjennom skolegang. Her vil de få daglig stimuli av både språklig og sosial kunnskap, noe utlendinger i voksen alder ikke vil oppleve på samme måte. Hvor lenge må man så ha vært i Norge for at tiden vil anses som tilstrekkelig for å ha fått en særlig tilknytning til riket? Man ser stadig saker i avisene og på nyhetene om familier som blir hentet og sendt ut av landet etter å ha bodd i Norge i både to, tre og fire år. Barn er mer mottagelig for å tilegne seg kunnskap om både språk og kultur enn voksne, og for de vil en periode på tre-fire år være svært lenge. De vil ha gått på norsk skole i flere år, snakker språket flytende og har knyttet sterke bånd til lærere og andre elever. Selv for en voksen vil en periode på tre år være en svært lang tid. Man rekker å slå seg til ro, knytte bånd med nye bekjentskaper, skape nye rutiner og ikke minst venner man seg til å bo i et land med bedre levevilkår enn i sitt eget hjemland. Det kan være flere årsaker til at man har oppholdt seg i landet over en periode på flere år uten å ha fått oppholdstillatelse. Det kan være at de har fått avslag på oppholdstillatelse og oppholder seg i Norge ulovlig i påvente av å bli sendt ut ved tvang, eller det kan være på grunn av lang saksbehandlingstid. Det siste vil definitivt være til større gunst for søkeren enn det første. Hvis tilknytningen til riket skyldes ulovlig opphold etter avslag på søknad viser praksis at det ikke legges vekt på denne tilknytningen som argument for opphold.

I Rt 2009 1932, den såkalte Ashok-saken, finner vi gode eksempler på det som er konstatert over. I denne saken kom en gutt fra Sri Lanka til Norge alene i 2002, og flyttet til en fosterfamilie i 2003. Etter at hans søknad om opphold ble avslått reiste han ikke frivillig tilbake til Sri Lanka, og ble heller ikke forsøkt uttransportert. Han begjærte omgjøring i 2004 og

den ble avslått samme år. I 2005 fremsatte han ny omgjøringsbegjæring og denne ble også avslått. Utsendelsen av gutten dro fremdeles ut, og i 2006 sendte han en ny omgjøringsbegjæring. UNE avslo søknaden i mai 2006 og gutten ble deretter sendt tilbake til Sri Lanka. Ved verge tok gutten ut stevning mot staten, og saken gikk helt til Høyesterett. Det ble anført at gutten hadde fått en sterk tilknytning til riket i løpet av de fire årene han hadde oppholdt seg i landet, men dette ble forkastet av Høyesterett etter at de støttet seg til UNEs vurdering av guttens tilknytning til riket.

”As tilknytning til Norge gjennom tre år ble vurdert, men nemnda viste til at han også snakker tamilsk, og at han fortsatt hadde en sterk tilknytning til hjemlandet.”

”Oppholdet i Norge, som nå hadde vart i tre år og åtte måneder, hadde gitt ham sterkere tilknytning til landet. Dette kunne likevel ikke gis avgjørende vekt, så lenge man i to år hadde arbeidet aktivt med å tilrettelegge en skånsom og forutsigbar retur til hjemlandet.”

Her ble det vurdert hva som var til barnets beste, og man kom frem til at det beste for barnet var å bli returnert til sitt hjemland og sin familie. Her veiet familiegjenforening tyngre enn barnets tilknytning til riket.

6.4 Familiegjenforening

6.4.1 Introduksjon

Som nevnt over returneres ikke enslige mindreårige asylsøkere til hjemlandet med mindre det er som et ledd i familiegjenforening eller det ellers anses å være det beste for barnet. Man ser i norsk asylsak at det er praksis at det beste for barnet er å være sammen med foreldrene, og man ser her at mange enslige mindreårige asylsøkere får avslag på asylsøknaden og blir sendt tilbake til hjemlandet som ledd i familiegjenforening, der det er mulig å spore opp familien. Her veier gjenforening med familien tyngre enn eventuelt bedre oppvekstvilkår og skolegang barnet kan få i Norge.⁵⁰

⁵⁰ Rt. 2009 1261 avsnitt 64

Ved en eventuell søknad om familiegjenforening er det viktig å se hva slags oppholdsgrunnlag den enslige mindreårige har. Barn og unge som har fått innvilget asyl har rett til familiegjenforening i Norge dersom familien kan oppspores.⁵¹ Det vil si at foreldre og ugifte søsken under 18 år som bor sammen med foreldrene kan få oppholdstillatelse i Norge. Enslige mindreårige som har opphold på humanitært grunnlag, har ikke rett til familiegjenforening, men de kan søke. Disse har som oftest fått opphold fordi de var alene og foreldrene ikke kunne oppspores, og dermed er det ikke gitt at de får tillatelse til familiegjenforening i Norge. Utgangspunktet er her at barnet skal gjenforenes med sin familie i hjemlandet der det er mulig.

6.4.2 Særlig om samvær

Barn har rett til samvær med foreldrene når de ikke bor sammen.⁵² Spørsmålet som her reiser seg er hvilken betydning samværet skal ha for foreldrenes rett til opphold i landet. Denne retten til samvær mellom barn og foreldre er også lovfestet i både barneloven og barnevernloven. For at samværsretten skal få betydning for oppholdstillatelse i en asylsak krever utlendingsloven at den er av et visst omfang.⁵³ Utlendingsforskriften presiserer dette til en ettermiddag i uken, annenhver helg og samvær i ferier.⁵⁴ Ut fra hensynet til barnets beste er det imidlertid ikke grunn til å sette et så strengt krav, ettersom det beste for barnet er å ha samvær med foreldrene selv om det er av mindre omfang. Dette må dermed vurderes på skjønnsmessig grunnlag i hver enkelt sak.

⁵¹ Jfr. utlendingsloven §43

⁵² Jfr. Barnekonvensjonen art. 9 nr. 3

⁵³ Jfr. utlendingsloven § 45 første ledd bokstav b

⁵⁴ Jfr. utlendingsforskriften § 9-3

6.4.3 Retur av forelder

Barnets beste-prinsippet har også betydning for vurderingen av om det er et uforholdsmessig inngrep å utvise en forelder på grunnlag av at han eller hun er dømt for straffbare handlinger. I en utvisningsdom fra Høyesterett i 2005 fikk en far bli i Norge fordi det ut fra hensynet til barna ville være et uforholdsmessig inngrep å utvise han.⁵⁵ Atskillelsen ville påføre barna en spesielt stor belastning. Dette skyldtes dels at barna tidligere hadde vært adskilt fra begge foreldrene mens de var varetektsfengslet og senere sonet en dom, noe barna hadde tatt meget hardt, og dels var det begrunnet i at det var tvilsomt om moren ville klare omsorgen alene, da hun hadde problemer i form av depressivitet. Faren var derfor en viktig omsorgsperson for barna. Dette ble holdt opp mot den straffbare handlingen, som var alvorlig, men ikke meget alvorlig, og det var ikke gjentakelsesfare.

6.4.4 Når retur er det beste for barnet

Det blir tatt grundige hensyn til hva som er det beste for barnet i saker vedrørende oppholdstillatelse for enslige mindreårige asylsøkere, men det er ikke alltid ensbetydende med oppholdstillatelse i Norge. Det er heller ikke uproblematisk for et barn å flytte til et fremmed land med en fremmed kultur og et fremmed språk, og så skulle prøve å tilpasse seg. Dette er vanskelig nok for en voksen, men for et barn kan dette være spesielt utfordrende. På skolen får barn kunnskap fra et norsk perspektiv. Historie og samfunnskunnskap læres ut fra det forholdet Norge har til resten av verden, og er dermed farget av vår nasjonalitet. Dette kan lett komme i konflikt med det barna fra før har lært i sitt hjemland og av sine foreldre, som da er farget av deres nasjonalitet. For et barn kan dette virke svært forvirrende. Barna vil også lære et nytt språk, og det kan være vanskelig uten hjelp fra foreldrene, som ofte selv ikke har tilegnet seg språket godt nok. Mange av disse barna opplever, når de blir eldre og kommer i en situasjon hvor de skal prøve å finne sin egen identitet, at de slites mellom det faglige og sosiale som de lærer på skolen, opplever sammen med andre norske venner på den ene siden, og de kulturelle normer og regler som gjelder i hjemmet på den

⁵⁵ Rt 2005 229

andre. Oppvekstsvilkårene disse barna vil få i Norge er stort sett bedre enn i hjemlandet, men det betyr likevel ikke at barnet får en problemfri oppvekst. Norge vurderes som en mye mer liberal nasjon, og vår kultur regnes som mindre ”streng” enn mange av de landene innvandrere kommer fra. Ofte vil foreldrene fortsette å leve etter den kulturen og de normene de har fra sitt hjemland, og oppdra sine barn etter denne kulturen. Foreldene kan være dårligere integrert enn barna, og de kan mangle kunnskap om den kulturen de har blitt en del av. Barna blir dermed dratt mellom norske normer og norsk kultur og den måten deres foreldre vil at de skal leve på ut fra deres normer og kultur fra hjemlandet. Dette kan være en slitsom situasjon for mange å leve i, og man blir på et tidspunkt nødt til å velge. En del foreldre vil prøve å kontrollere barna, og tvang fra foreldrene med hensyn til giftemål, om-
skjæring eller lignende kan være en avgjørende faktor. Dette er ekstreme situasjoner og er forbudt ved norsk lov, men mange praktiserer likevel fortsatt slike tradisjoner.

Også fra et samfunnsmessig synspunkt vil dermed det beste for barnet være retur til hjemlandet, forutsatt av at det vil få forsvarlig omsorg der. Der vil barna ofte også ha andre familiemedlemmer som besteforeldre, tanter, onkler, søsken og andre som har tilknytning til familien som kan bidra til en trygg oppvekst.

6.4.5 Når retur ikke er til barnets beste

Det er altså svært viktig at man straks setter i gang for å finne barnets familie i hjemlandet, og som nevnt tidligere er det praksis at det beste for barnet er å bli returnert til hjemlandet, så lenge familiegjening og forsvarlig omsorg i hjemlandet er realistisk. Dersom gjening i opprinnelseslandet ikke er mulig, enten på grunn av juridiske hindre eller at man har funnet at det ikke er det beste for barnet, får vertslandet en forpliktelse til å eventuelt behandle søknader om familiegjening på eget territorium på en ”positiv, human og rask måte”.⁵⁶ Selv om utgangspunktet er at barn har det best sammen med foreldrene, er det

⁵⁶ Barnekonvensjonen art. 9 og 10

ikke alltid det som er tilfelle. Det kan være situasjoner der foreldrene mishandler eller van-skjøtter barnet og familiegjenforening klart ikke er det beste for barnet. Dette kan være tilfeller der barnet har det bedre sammen med andre omsorgspersoner, som en norsk foster-familie. Barnekonvensjonen omtaler også dette temaet, og sier at barnet ikke skal skilles fra sine foreldre mot sin vilje, unntatt når dette er nødvendig av hensyn til barnets beste.⁵⁷ Det-te åpner for det første for at barnet kan skilles fra sine foreldre om det ønsker det selv. Barn som lever i voldelige familieforhold, eller som står i fare for å bli tvangsgiftet ved retur, kan derfor få oppholdstillatelse mens foreldrene må returnere til hjemlandet. For det andre åpner dette for å splitte familien når det er forhold som tyder på at barnet ikke har det godt sammen med sine foreldre, men er ute av stand til å vurdere dette selv. Det kan være tilfel-ler hvor barnet er så ungt at det motsetter seg adskillelse, selv om det ikke har det bra, fordi det selv ikke ser sitt eget beste. Jo yngre et barn er, jo større tilknytning vil det føle til for-eldrene, uavhengig av omsorgssituasjonen.

I en Høyesterettsdom fra 2009 var spørsmålet hvorvidt familiegjenforening kunne nektes mellom to barn og moren, da moren hadde giftet seg med en mann som var dømt for seksu-elle overgrep mot et barn åtte år tidligere.⁵⁸ Barna bodde i Marokko med sin bestemor, og moren bodde i Norge. UDI avsto barnas søknad i 2006 under henvisning til den gamle ut-lendingsloven § 9, hvor oppholdstillatelse for familieetablering kunne nektes ”dersom det er sannsynlig at søkeren eller dennes særkullsbarn vil bli mishandlet eller grovt utnyttet”. Avslaget ble begrunnet med at morens mann var domfelt for seksuelle overgrep mot et barn under 14 år. UDI fant det sannsynlig at søkerne ”vil kunne” bli mishandlet eller grovt ut-nyttet dersom det ble gitt oppholdstillatelse. Høyesterett kom imidlertid til et annet resultat og begrunnet det med at

”D er dømt for alvorlige forhold, og jeg må legge til grunn at det er en risiko for at det kan skje overgrep overfor de barna saken gjelder. De straffbare forholdene lå imidlertid mer enn åtte år tilbake i tid på vedtakstidspunktet, og det er ingen holdepunkter for at D har

⁵⁷ Barnekonvensjonen art. 9

⁵⁸ Rt 2009 1153

begått eller forsøkt å begå nye straffbare handlinger av samme art. Jeg er enig med lagmannsretten i at bevisgrunnlaget er for svakt til å tilfredsstille kravet om sannsynlighetsovervekt for at overgrep vil bli begått dersom søknaden innvilges.”⁵⁹

Bevisgrunnlaget for å nekte familiegjening på grunnlag av mishandling skal altså være sterkt. I de fleste tilfeller er gjening det beste for barna, og det talte også her tyngre enn en “generell risiko for nye forgåelser fra overgriperens side”.⁶⁰

7 Innvandringspolitiske og samfunnsmessige hensyn

7.1 Introduksjon

Når det kommer til det politiske ved behandlingen av asylsøknader, er det en del hensyn forvaltningen må ta med hensyn til regulering av innvandringen og hva som best gagnar Norge som samfunn. Utlendingslovens § 38 fjerde ledd setter opp noen innvandringsregulerende hensyn som det kan legges vekt på ved vurderingen av om oppholdstillatelse skal gis:

- a) mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag,
- b) de samfunnsmessige konsekvensene,
- c) hensynet til kontroll, og
- d) hensynet til respekten for lovens øvrige regler.

Her er det særlig allmennpreventive hensyn som gjør seg gjeldende, i det at norske myndigheter må tenke over hva en avgjørelse kan føre til for andre søkere i samme situasjon. Kan en avgjørelse oppfordre andre flyktninger til å gå den samme veien ”rundt” loven for å få lovlig opphold? Myndighetene bør ikke fatte avgjørelser som kan oppfordre flyktninger til å utnytte systemet på en slik måte. Blant annet må det skilles mellom søkere som har

⁵⁹ Rt 2009 1153 avsnitt 40

⁶⁰ Rt 2009 1153 avsnitt 39

etablert tilknytning til riket på grunnlag av lovlig opphold, for eksempel ved at behandlingen av asylsøknaden har tatt lang tid, og de som har etablert tilknytning til riket og til familie ved ulovlig opphold, for eksempel ved å nekte utreise ved avslag på søknaden. Her tilsier de innvandringspolitiske hensynene at tilknytning etablert ved ulovlig opphold bør ha begrenset vekt. Her finner vi også eksempler fra rettspraksis, og Høyesterett uttalte nettopp dette i Rt 2009 534 avsnitt 23.

7.2 Innvandringsregulerende hensyn i praksis

I en lagmannsrettsdom fra 2012 ble barnets beste vurdert opp mot innvandringsregulerende hensyn.⁶¹ Det var gitt midlertidig opphold på humanitært grunnlag til en familie i 2005 hvor far var fra Tsjetsjenia og mor fra Ukraina. De hadde to barn født i Norge og ett som kom til Norge som 11-åring. Vilåret for å få forlenget opphold var at far måtte ha søkt om opphold i Ukraina og fått avslag. Ved behandlingen av søknad om forlengelse ble det foretatt en forsvarlig vurdering og avveining av hensynet til barnets beste opp mot de innvandringsregulerende hensynene som gjorde seg gjeldende i denne saken. UNE hadde uttalt i beslutningen om avslag fra 2010 at det forelå sterke innvandringsregulerende hensyn i saken, som tilsa at tillatelse ikke ble innvilget. UNE viste her til at klagerne hadde oppholdt seg i riket ulovlig i flere år, og at sentrale deler av barnas tilknytning til riket ble opparbeidet i denne perioden. Det ble også vist til at det fremsto som om klagerne hadde gjort lite for å avklare sin og barnas situasjon. Det ble også bemerket at klagerne hadde arbeidet ulovlig i riket, noe som i seg selv er utvisningsgrunn. Foreldrene hentet også datteren til Norge før de hadde fått svar på søknad om familiegjeningforening.

På tross av dette uttalte lagmannsretten at deres overtredelser lå i det nedre sjiktet hva gjelder overtredelser etter utlendingsloven. Familien hadde levd åpent hele tiden, og hadde ikke forsøkt å unndra seg utlendingsmyndighetenes søkelys og kontroll. UNEs vedtak om avslag ble aldri fulgt opp av politiets utlendingsenhet med frist for utreise, og det under-

⁶¹ LB 2011 27823-2

bygget også at overtredelsene lå i det nedre sjiktet. Lagmannsretten uttalte videre at det ulovlige oppholdet i saken skilte seg fra mange andre saker ved at familien først fikk ett års opphold med adgang til å arbeide og søke om familiegjennforening, men med det spesielle vilkåret at fornyelse var betinget av at faren hadde fått avslag på eller søkt om oppholdstillatelse i Ukraina. Familien innrettet seg etter denne oppholdstillatelsen ved å skaffe seg jobb, moren fikk godkjent utdanning fra hjemlandet og de søkte om familiegjennforening med datteren. Imidlertid hadde de ikke foretatt seg nok i henhold til å søke den ukrainske ambassaden om opphold der. De har foretatt seg noe ved flere henvendelser dit, men ikke nok. Etter lagmannsrettens syn kunne de bare i begrenset grad bebreides for det. Lagmannsretten uttalte videre i vurderingen at

“B og A kommer fra forskjellige land. De har ulike morsmål, selv om de begge snakker russisk. Statsborgerskap, språk og manglende felles miljø og referansebakgrunn ved en eventuell retur til Ukraina har betydning både for vurderingen av barnas beste som lagmannsretten delvis har vært inne på ovenfor, men også i forhold til innvandringsregulerende hensyn. Saken skiller seg på flere punkter fra mange andre saker, og mulige konsekvenser for lignende saker, vil av den grunn være svekket. Lagmannsretten kan ikke se at UNE har trukket dette inn i sine vurderinger.”⁶²

Lagmannsretten mente at begrunnelsene som ble gitt i vedtaket var mangelfulle, og ikke ga tilstrekkelige holdepunkter for å kontrollere om nemndas generelle forståelse av barnas beste bygget på en riktig rettsanvendelse, eller at det var foretatt en forsvarlig vurdering og avveining av hensynet til barnets beste opp mot de innvandringsregulerende hensynene som gjorde seg gjeldende i saken. Lagmannsretten kom etter dette frem til at UNEs vedtak var ugyldig.

I en annen lagmannsrettsdom fra 2012 ble også avslag på asylsøknad begrunnet med innvandringsregulerende hensyn.⁶³ To samboere kom til Norge i 2003 fra Bosnia-Hercegovina

⁶² LB 2011 27823-2

⁶³ LB 2011 135931

og fikk samme år en datter. Saken hadde dratt ut i flere år, og de hadde fremsatt flere begjæringer om omgjøring uten at de ble tatt til følge. Datteren hadde blitt over 8 år, snakket flytende norsk og hadde en sterk tilknytning til lokalmiljøet. Lagmannsretten mente imidlertid at datterens primærtilknytning fortsatt var til foreldrene på grunn av hennes unge alder, og det var heller ikke forhold i Bosnia-Hercegovina som tilsa at hun ikke ville få forsvarlig omsorg om hun returnerte med foreldrene dit. Lagmannsretten uttalte videre at UNE hadde vurdert det slik at innvandringspolitiske hensyn gjorde seg sterkt gjeldende i saken, og at disse hensynene skulle tillegges avgjørende vekt i helhetsvurderingen. I denne saken var de innvandringsregulerende hensynene i hovedsak at søkerne ikke hadde innrettet seg etter de vedtak som utlendingsmyndighetene hadde truffet. Anken ble etter dette forkastet.

Det disse to dommene viser oss, er at i praksis teller de innvandringsregulerende hensynene mye når man skal vurdere saker om oppholdstillatelse, selv i saker der det som er det beste for barnet er et av primærhensynene. Som nevnt over teller det svært negativt om man ikke følger de vedtak som treffes, og man opparbeider seg tilknytning til riket på ulovlig måte. Det kan derimot telle i positiv retning om man retter seg etter vedtak som treffes, og prøver så godt man kan å etterleve de vilkår myndighetene eventuelt setter opp.

7.3 Ankerbarn

Et punkt som særlig gjør seg gjeldene i disse sakene, er hensynet til såkalte ankerbarn. Dette er barn som sendes alene til et nytt land for å få oppholdstillatelse, hvorefter resten av familien kommer senere. Utlendingsloven sier at barn eller foreldre av utlendinger som får oppholdstillatelse, har krav på det samme.⁶⁴

⁶⁴ Utlendingsloven § 28 sjette ledd

Det ble registrert et økende antall enslige mindreårige asylsøkere på begynnelsen av 2000-tallet, og mange ble bekymret for den eventuelle økende innvandring av familiemedlemmer. I et rundskriv i 2002 uttalte utlendingsdirektoratet at

”Det foreligger konkrete bevis på at barn er sendt til Norge for at familien senere skal kunne komme etter. Barna føler seg forpliktet overfor familien... De fleste er enige om at dette er misbruk av barn.”⁶⁵

Den økte satsingen på sporing av foreldre og familiegjennomføring i hjemlandet er blant annet kommet som respons på denne bekymringen for økt utnyttning av barn som ”ankerbarn”. Det er svært lite gunstig for Norge å gi oppholdstillatelse til disse, da mange foreldre kan sende ut sine barn i den hensikt at de senere vil følge etter og alle dermed vil få søknad om oppholdstillatelse godkjent. Dette er et hensyn myndighetene må ta ved vurdering av oppholdstillatelse for enslige mindreårige. FNs barnekomité har uttalt at det ikke er anledning til å returnere barn under henvisning til innvandringspolitiske hensyn, – barnets beste skal være det eneste kriteriet.⁶⁶ Høyesterett drøftet dette i Ashok-saken og uttalte at

”Slik jeg forstår det, mener barnekomitéen at innvandringspolitiske hensyn ikke skal kunne gå foran barnets beste i situasjoner der barnet i utgangspunktet er i en slik situasjon som ikke tilsier retur. Det er derimot ikke grunnlag for å forstå anbefalingen slik at innvandringspolitiske hensyn aldri kan tas i betraktning ved vurdering av søknad om oppholdstillatelse fra enslige mindreårige asylsøkere. Spesielt må dette gjelde innvandringspolitiske hensyn som ikke er helt generelle, men som nettopp er basert på et ønske om å beskytte andre barn mot å komme i samme situasjon.”⁶⁷

En full avskjæring av adgangen til å ta innvandringspolitiske hensyn med i betraktningen vil samtidig kunne være til skade for barn som gruppe, ved at foreldre stimuleres til å sende sine barn ut som ”ankerbarn”. Dette vil ikke være til barns beste. Utlendingsloven bygger på at det skal foretas en totalvurdering også i saker som kan gjelde ankerbarn, men slik at

⁶⁵ UDIs rundskriv av 20. september 2002

⁶⁶ GC-2005-6-CRC pkt. 86

⁶⁷ Rt 2009 1261 avsnitt 62

enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur, skal særskilt vektlegges.⁶⁸ Målet for disse barna er at forvaltningen kan finne en varig løsning som hjelper dem ut av den situasjonen de er i, – enslige og atskilt fra familien. Arbeidet skal settes i gang straks og ut fra en rettighetsbasert tilnærming skal man begynne med en analyse av muligheten for familiegjenforening.⁶⁹

I Rt 2009 1261, som jeg også har nevnt ved flere anledninger over, ble en enslig mindreårig gutt returnert til Sri Lanka fordi det forelå mistanke om at han ble brukt som ankerbarn. Gutten hadde familie på Sri Lanka, så det ble vektlagt at det beste for han ville være å bo sammen med sin familie i hjemlandet, fremfor å bo hos en fosterfamilie i Norge. Høyesterett kom frem til at det heller ikke var feil av nemnda å legge vekt på innvandringspolitiske hensyn, for å signalisere at bruk av ankerbarn ikke tolereres som en metode for å få oppholdstillatelse i landet.

”(...) La til grunn at innvandringspolitiske hensyn sterkt tilsa at det ikke ble gitt oppholdstillatelse. Den viste til at A hadde omsorgspersoner i hjemlandet, at han var sendt til Norge uten å ha et beskyttelsesbehov, og at han i hovedsak var sendt hit for å gå på skole. (...) En typisk ankerbarnsak der både innvandringspolitiske hensyn og konsekvenshensyn – det at foreldre kan bruke sine barn bevisst for å oppnå oppholdstillatelse – sterkt talte mot oppholdstillatelse i en sak som denne.”⁷⁰

7.4 Dublin-samarbeidet

Dublin II-forordningen er en avtale mellom EU-landene, Island og Norge, som går ut på at en person som søker beskyttelse ikke selv bestemmer hvilket land som skal behandle søknaden, men det første trygge landet søkeren kommer til har ansvaret for å behandle søknaden om beskyttelse. Denne avtalen skal sørge for at alle asylsøkere får søknaden sin behandlet i et av disse landene. Det settes opp noen krav for at en søknad skal bli behandlet

⁶⁸ Utlendingsloven § 43

⁶⁹ Rt 2009 1261 avsnitt 51

⁷⁰ Rt 2009 1261 avsnitt 80

som en Dublin-sak. Søkeren må ha søkt beskyttelse i et annet land, må være registrert med fingeravtrykk i et annet land (som betyr at søkeren er tatt for ulovlig grensepassering), eller har visum eller oppholdstillatelse i et annet land. Det er også et eget punkt om at enslige mindreårige asylsøkere kun blir returnert til andre land som er med i Dublin-samarbeidet dersom de har søkt beskyttelse i et annet medlemsland.

Utlendingsdirektoratet skal vurdere hver Dublin-sak konkret og individuelt. Det skal her blant annet legges vekt på asylsøkerens tilknytning til Norge og forutsetningene søkeren har for å ivareta sine rettigheter som asylsøker i det landet det vurderes å sende søkeren tilbake til. Hvis søkeren har ektefelle eller mindreårig barn i Norge, eller hvis søkeren er mindreårig og har foreldre i Norge, vil ikke søknaden bli behandlet som Dublin-sak. I slike tilfeller blir søknaden behandlet i Norge.

Dublin-samarbeidet krever et tett samarbeid mellom medlemslandene, og landene kan be hverandre om å behandle en søknad om beskyttelse. Det enkelte landet vil da vurdere om det er enig i at det er de som har ansvaret for å behandle søknaden.⁷¹

I Sofia-saken, som er nevnt over, kom Sofia og moren først til Italia, før de rømte til Norge. Norge kan derfor vurdere hvorvidt de skal sendes tilbake til Italia for å avgjøre søknad om opphold der, eller om Norge skal overta ansvaret for disse, og selv vurdere en søknad om opphold.⁷²

I en kjennelse fra Borgarting lagmannsrett nektet UNE en flyktning asyl under henvisning til Dublin-II forordningen.⁷³ Flyktningen kom til Norge i 2008 sammen med sin mindreårige sønn og søkte asyl. Han kom imidlertid til Norge fra Polen, hvor han allerede hadde søkt om asyl, og polske myndigheter aksepterte tilbaketakelse i 2009. Mannen hadde tre andre

⁷¹ Utlendingsdirektoratet (2009)

⁷² Jfr fotnote nr 46 om avgjørelse i Sofia-saken.

⁷³ LB 2010 15202

sønner i Norge, og saken i lagmannsretten gjaldt hvorvidt atskillelse fra disse barna kunne anses som en vesentlig skade eller ulempe, som Tingrettens resultat bygget på at det ikke kunne. Mannen anførte at saken måtte overføres til norske myndigheter på grunnlag av sitt forhold til de tre andre sønnene og hensynet til hva som var best for dem. Disse tre barna bodde imidlertid i fosterhjem, og ble dermed ikke forsørget av søkeren. Retten kom til at anken måtte forkastes, og uttalte at

”Tvert i mot taler innvandringspolitiske hensyn imot å anvende unntaksregelen i utlendingsforskriften. I denne saken ville anvendelsen ha innebåret en premiering av søkere som forsøker å skape en tilknytning til Norge ved selv å velge en atskillelse fra egne barn for en periode og forhindre gjenforening i det land det opprinnelig ble søkt asyl i. Allmennpreventive hensyn taler i mot at barns interesser på sikt er tjent med en slik regelanvendelse.”⁷⁴

Vi ser her at innvandringspolitiske hensyn kan veie tungt i slike saker, noe jeg har vært inne på tidligere.

7.5 Norsk asylpolitikk

Det er mye blest om norsk asylpolitikk i disse tider, og det har det vært en god stund. Mange avgjørelser vedrørende til asylsøknader får mye spalteplass i norske medier, og får mye kritikk fra det norske folk. Etter som mange av sakene blir mye omtalt, får nordmenn et forhold til mange av barna det dreier seg om, og man blir engasjert i sakene deres. Følelsesmessig er det nok mange som mener at norsk asylpolitikk er for streng og brutal, som tvangssender disse barna tilbake til en uviss situasjon i hjemlandet. Men selv om man mener dette på et følelsesmessig plan, er det det beste for Norge som land å la alle disse bli? Hva vil det ha å si for fremtiden, og alle de barna som vil flykte til Norge for å få beskyttelse, om det er slik at vi gir alle opphold automatisk? Er det norske folk virkelig for fri innvandring for mindreårige?

⁷⁴ LB 2010 15202

I en sak i VG kalt ”Barna Norge ikke vil ha”⁷⁵ rettes det sterk kritikk mot et vedtak gjort av norsk forvaltning i 2009. Frem til dette vedtaket fikk barn som kom til Norge alene opphold i Norge dersom man ikke klarte å spore opp foreldre eller annen slekt i hjemlandet. For å stramme inn på såkalte ”grunnløse” søknader vedtok regjeringen at barn mellom 16 og 18 år skulle få ”midlertidig tidsbegrenset opphold” frem til de blir myndige. Dette betyr at de ikke lenger får automatisk beskyttelse i Norge, men at de sendes tilbake til hjemlandet den dagen de fyller 18 år. Disse barna har flyktet fra hjemlandet til Norge i håp om en bedre og tryggere tilværelse. Når de så får avslag på asylsøknaden og innvilget dette midlertidige oppholdet, ender de opp med å måtte bo på asylmottak og leve i en ventesituasjon der de ikke ser noen fremtid. Dette er svært lite gunstig for disse barna, som er svært sårbare fra før, har mistet alt og ikke vet hva som venter dem når de blir sendt hjem igjen. Gutten som er intervjuet i VGs artikkel, Zabi (15), uttaler at

”Jeg blir helt gal i hodet av å tenke på at jeg skal sendes til Afghanistan når jeg blir 18. Det hadde vært bedre om jeg hadde blitt sendt hjem på grensen, uten å få falskt håp.”

Redd Barna har uttalt i artikkelen at ordningen er ”det klareste bruddet på FNs barnekonvensjon begått av en norsk regjering”. De sier at man her ikke tar hensyn til barnets beste, men kun gjør en politisk vurdering. Frode Forvang, direktør i UDI mener imidlertid at disse innstrammingene fungerer, og at det har ført til at færre kommer til Norge for å søke beskyttelse. Antallet enslige mindreårige asylsøkere som kommer til Norge for å søke beskyttelse er halvert siden tiltakene ble satt inn i 2009.⁷⁶

Redd Barna er en rettighetsbasert organisasjon som jobber for å fremme barns rettigheter i Norge. Dette gjelder alle barn, men en viktig utfordring de står overfor er å få myndighetene til å gi de mindreårige asylsøkerne en rettssikker behandling av sin asylsøknad og sikre omsorgstilbud og livskvalitet for alle barn.⁷⁷ Redd Barna startet i denne sammenheng kam-

⁷⁵ VG (2012)

⁷⁶ VG (2012)

⁷⁷ Redd Barna (2012)

panjen ”Først og fremst barn” i mai 2012. Denne kampanjen skal jobbe mot å synliggjøre at asylsøkerbarn også først og fremst er barn – med de samme behov og rettigheter som andre barn i Norge. Denne skal fungere som en motvekt til den pågående debatten og den negative holdningen overfor barn som søker asyl i Norge. Kampanjen skal ha som mål å etablere et skille mellom innvandringspolitikk og barnepolitikk og gjøre situasjonen for barn som søker asyl i Norge bedre der de bor. Redd Barna uttaler at

”man kan være uenig om årsaken til at de kom hit, hvor lenge de har vært her og om de bør få bli eller ikke, men én ting kan vi bli enige om: Vi må sørge for at disse barna får en god barndom mens de er her hos oss. Uavhengig av om de blir eller må dra fra Norge.”

8 Konklusjon og oppsummering

I denne oppgaven har jeg forsøkt å avklare hva som ligger i begrepet barnets beste i forbindelse med asylsaker. Jeg har sett at det blir lagt stor vekt på familiens enhet, og at det blir ansett som det beste for barnet å være sammen med foreldrene. Øvrig familie har også betydning i den grad de blir ansett som viktige støttespillere og ressurspersoner med hensyn til forsørgelsen av barnet. Hvordan situasjonen er i hjemlandet er et svært sentralt spørsmål, og blir vektlagt ved vurderingen av om barnet skal anses som flyktning eller om det er forsvarlig å sende barnet tilbake til hjemlandet. Mange av de som ikke faller inn under flyktningbegrepet kan også få oppholdstillatelse, men her er det større rom for myndighetene til å bruke skjønn ved vurderingen av sakene.

Jeg har sett at innvandringspolitiske hensyn ofte blir vektlagt i asylsaker om barn, da man ser at konsekvensene av å innvilge opphold ofte vil medføre flere saker av lignende karakter og en økende innvandringsmasse til Norge. For eksempel ønsker man ikke å se bruken av ankerbarn, da det er en stor påkjenning for barnet å sendes alene til et nytt land i svært ung alder, og klart i strid med hva som er det beste for barnet. Man ønsker her å sette en presedens for at ikke andre barn skal bli utsatt for dette i fremtiden. Innvandringspolitiske hensyn blir også brukt som avslagsgrunn fordi man ser at Norge ikke kan ta imot alle de

som vil søke asyl i fremtiden, dersom man gir oppholdstillatelse til noen som egentlig ikke trenger det. I forbindelse med at dette er et økende problem har myndighetene nå større fokus på å undersøke situasjonen i hjemlandet, og oppsporing av familie der. Man kan si at likhetsprinsippet står sterkt, og det bidrar også til en viss forutsigbarhet for søkerne.

Hva som er det beste for barnet er meget varierende og skjønnsmessig. Det er ikke mulig å si hva som er det beste for barn som gruppe, og det er derfor svært viktig at alle saker vurderes individuelt og at det gjøres grundig i hvert enkelt tilfelle. Man kan kanskje si at om myndighetene hadde hatt flere ressurser til dette arbeidet, hadde det løst en del problemer når det gjelder spørsmålet om tilknytning til riket. Hvis det hadde vært kortere behandlingstid i sakene, og myndighetene hadde fulgt opp retur til hjemlandet ved avslag på en bedre måte, ville søkerne hatt et kortere opphold i Norge, og dermed ikke opparbeidet seg en like sterk tilknytning til landet. Dette gjelder spesielt barn, da de har en større evne til å tilpasse seg enn det voksne har. De er lettere påvirkelige og tar blant annet språk veldig lett. De knytter også lettere bånd til de rundt seg, som klassekamerater og lærere.

Man ser en økende interesse for mindreårige asylsøkere i media, og det er naturlig å bli følelsesmessig involvert. Videre er det forhold som lar seg kritisere ved myndighetenes praksis i asylsaker som vedrører mindreårige, men av hensyn jeg har sett på tidligere i oppgaven kan man heller ikke åpne for fri innvandring for enslige mindreårige. Det er mange hensyn å ta når det kommer til det å kontrollere og regulere innvandringsstrømmen og samtidig ta hensyn til barnets beste. Dette er en stor utfordring for myndighetene, og det iverksettes jevnlig tiltak for å bli enda bedre. Problemene barna står overfor når de kommer til Norge for å søke beskyttelse, og problemene myndighetene står overfor ved reguleringen av dette vil nok alltid være der, og det eneste vi kan forvente er at myndighetene fortsetter å sette det som er det beste for barnet i høysetet, og domstolene fortsetter å prøve gyldigheten av de avgjørelsene som blir tatt. Man kan ikke legge de innvandringsregulerende hensyene helt bort, da man kontinuerlig må evaluere hvordan en enkelt sak kan påvirke innvandringsstrømmen og igjen hva som gagnar det norske samfunnet på en best mulig måte.

9 Litteraturliste

Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og Sandberg, Kirsten: *Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge*. 2. utgave. Oslo, 2012.

Smith, Lucy og Lødrup, Peter: *Barn og foreldre*. 7. utgave. Oslo, 2007.

Lover:

2008 Om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35.

2005 Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28.

1999 Om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.

1981 Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8. april 1981 nr. 7.

1992 Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100.

2009 Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften). FOR-2009-10-5-1286.

Traktater:

Barnekonvensjonen FNs konvensjon om barns rettigheter av 20. november 1989.

Flyktningkonvensjonen FNs konvensjon om flyktningers stilling av 28. juli 1951.

Dommer:

Rt 2009 1261 Ashok

Rt 2009 1153

Rt 2009 534

Rt 2007 667

Rt 2008 681

Rt 2012 494

Rt 2005 229

LB 2010 15202

LB 2011 68731

LB 2011 135931

LB 2011 27823-2

Forarbeider:

Ot.prp.nr. 104 (2008-2009)

Om lov om endringer i barnelova mv.

Ot.prp.nr. 75 (2006-2007)

Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

Artikler:

Pettersen, Silje Vatne:

Enslige mindreårige asylsøkere og gjenforening med foreldre. 2007. Statistisk sentralbyrå, Notater.

Nettdokument:

Skjeggestad, Terje UNE:

Interne retningslinjer, helsemessige forhold. 2008.
www.une.no/om-oss/interne-retningslinjer/IR-AV-110112-om-helsemessige-forhold/ (sitert 19. okt 2012)

UDI:

Dublin-samarbeidet. 2009. www.udi.no/sentrale-tema/beskyttelse/asylsokere-og-flyktninger/dublin-samarbeidet/

UDI:

Vurdering av asylsøknader. 2012.
www.udi.no/sentrale-tema/beskyttelse/asylsokere-og-flyktninger/asyl---tall-og-trender/

Johnsen, Nilas. VG:

Barna Norge ikke vil ha. 2012.
www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=10055233

Eliassen, Haakon. TV2: *Amnesty om Sofia-saken: - Aldri vært borti lignende.* 2011. www.tv2.no/nyheter/innenriks/amnesty-om-sofia-saken-aldri-vaert-borti-lignende-3466140.html

UDI: *Saksbehandling av søknader om beskyttelse.* 2009. www.udi.no/sentrale-tema/beskyttelse/behandlingen-av-asylsaker/hvordan-er-saksgangen-i-asyllsaker

Redd Barna: *Først og fremst barn, om kampanjen.* 2012. www.reddbarna.no/forstogfremstbarn/om-kampanjen

Sandal, Helen: Rådgiver enhet for statistikk og analyse, UDI. E-post. 25. september 2012

Annet:

General comments nr. 6 fra FNs barnekomité: *Treatment of unaccompanied and seperated children outside their country of origin.* 2005.
(GC-2005-6-CRC).

UHHCRs retningslinjer 21. november 2008.

Utlendingsdirektoratet: *Søknad om familiegjennforening der herboende er mindreårige og er innvilget oppholdstillatelse på humanitært grunnlag – utlendingsforskriften §24 annet ledd.* Rundskriv 20. september 2002.